

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Duodécima**

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 3 - 28035

Tfno.: 914933837

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0206769

**Recurso de Apelación 31/2018**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid  
Autos de Procedimiento Ordinario 1325/2015

**APELANTE:**

PROCURADOR D. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN

**APELADO:** BANKINTER SA

PROCURADOR Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

**SENTENCIA Nº 199**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

D FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

Dña. Mª JOSÉ ROMERO SUÁREZ

En Madrid, a veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho.

La Sección Duodécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1325/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo nº 31/2018, siendo parte **demandante-apelante**

representados por el Procurador D. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN y parte **demandada-apelada** BANKINTER SA, representada por la Procurador Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES; sobre reclamación de cantidad por responsabilidad contractual; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 05/07/2017.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA**

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

**SEGUNDO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid, se dictó sentencia con fecha 5 de julio de 2017, cuya parte dispositiva dice: “**FALLO:** 1º.- *Desestimo la demanda formulada por la representación de*

*contra BANKINTER S.A.*

*2º.- Condeno a los demandantes al pago de las costas.”*

Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de los demandantes

, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, dándose traslado a la otra parte que se opuso y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales a este Tribunal, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, señalándose para deliberación, votación y fallo el pasado día 23 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar lo acordado.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los demandantes, -actuando como partícipe directa en los contratos a que el proceso se refiere, y los restantes, como herederos de , fallecido el 12 de junio de 2.009-, interesan la declaración de responsabilidad contractual de la demandada, BANKINTER, S.A., en la gestión de la comisión consistente en la intermediación asesorada sobre los bonos adquiridos

por \_\_\_\_\_, con el establecimiento de la obligación de indemnizar los perjuicios, cifrados en la propia inversión, a la que se descuentan los beneficios obtenidos, y todo ello con intereses desde la fecha de la inversión hasta la de la demanda, a partir de la cual se solicita la aplicación del interés legal que sería sustituido, tras la condena, por el previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Opuesta la demandada, la Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda, al considerar que no se habría dado incumplimiento alguno de la demandada que justificara la exigencia de responsabilidad contractual.

Tal sentencia es recurrida por los demandantes, siendo impugnado el recurso por la demandada, en respectiva petición de estimación de la demanda y de denegación íntegra de la misma.

**SEGUNDO.-** Como la demanda se basa principalmente en el déficit de información precontractual, aunque luego aluda también a algún incumplimiento posterior a la perfección del contrato, hemos de comenzar estableciendo la viabilidad de la pretensión.

En este sentido, y como reiteradamente se ha expuesto, la infracción del deber de información precontractual puede ser contemplada desde distintas ópticas, dándose un concurso de acciones a favor del perjudicado, que con mayor o menor radio de acción, convergen en el mismo resultado: hacer desaparecer de su patrimonio los resultados adversos de ese incumplimiento.

De esas posibles consecuencias son dos las que se plantean en esta instancia: la nulidad de pleno derecho y la indemnización de daños y perjuicios.

**TERCERO.-** Lo que ha denegado el Tribunal Supremo es la posibilidad de apreciación de nulidad de pleno derecho.

Así, en la Sentencia de 1 de junio de 2.017, recuerda que constituye “jurisprudencia reiterada de esta Sala de que el incumplimiento de los deberes de información que el art. 79 bis LMV impone en caso de contratación de productos financieros complejos con clientes

minoristas, no determina la nulidad de pleno de derecho del contrato.

»En la sentencia 380/2016, de 3 de junio, afirmamos que «la infracción de los deberes legales de información contenidos en el art. 79 bis LMV, incorporados con la Ley 47/2007, de 15 de noviembre, que traspuso la Directiva MiFID, no vicia por sí de nulidad absoluta el contrato o negocio, y por ello no puede ser apreciada de oficio». En esa sentencia transcribíamos el razonamiento que habíamos expuesto en la anterior sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, para justificarlo:

«La normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de conveniencia, al amparo del art. 6.3 CC.

»Conforme al art. 6.3 CC, "(los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.bis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss LMV).

»Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

»Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de

recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC)».

Tampoco puede apreciarse la nulidad de pleno derecho por el específico motivo aducido por la demandante, esto es, por la suscripción de la orden antes del depósito del folleto en la CNMV, pues, como dijimos, sea cierto o no ese dato, esta infracción formal no determina por sí, en la relación contractual, la nulidad.

**CUARTO.-** Ello no impide que pueda ejercitarse una pretensión indemnizatoria por incumplimiento de deberes.

En se sentido, y siguiendo los más recientes pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, se ha de distinguir la acción resolutoria de la indemnizatoria.

Mientras la primera, efectivamente, no concurre por la sencilla razón de que el incumplimiento en que la resolución se ha de basar es en el de los deberes surgidos del contrato y no de los anteriores, en la indemnización por incumplimiento de deberes precontractuales no hay más límite que la concurrencia de los presupuestos que se exigen a toda responsabilidad civil.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2.017, se expresa: “Según hemos afirmado con reiteración, existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión. Lo que en el caso concreto de la comercialización de participaciones preferentes se ha mantenido en las sentencias de esta sala 244/2013, de 18 de abril ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 489/2015, de 16 de septiembre ; 102/2016, de 25 de febrero ; 603/2016, de 6 de octubre ; 605/2016, de 6 de octubre ; 625/2016, de 24 de octubre ; 677/2016, de 16 de noviembre ; 734/2016, de 20 de diciembre ; y 62/2017, de 2 de febrero. 2.- No obstante, el incumplimiento de dicha obligación por la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al

cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento”.

Y, en cuanto a la indemnización por incumplimiento, la misma Sentencia recuerda la doctrina de las Sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio, y la 398/2015, de 10 de julio, según las cuales, “no cabía descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.» Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales «constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

»En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes.»

Y concluye “Lo expuesto lleva a que deba atribuirse al incumplimiento por la demandada de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido”.

**QUINTO.-** En el caso enjuiciado, la responsabilidad se exige por la forma de comercialización de un BONO AQUISGRAN, un BONO CLIP IBEX II, un BONO BACOM, y un BONO CLIP GRANDES VALORES, en fechas 7 y 28 de junio, 6 de julio y 25 de octubre de 2.007, todos ellos por importe, cada uno , de cincuenta mil euros.

Para decidir sobre la pretensión ejercitada en torno a la comercialización de los mismos, la primera cuestión que ha de abordarse, como base imprescindible para determinar si ha habido o no incumplimiento, es la naturaleza de esos productos y, en relación inmediata a ello, la normativa aplicable, que integrándose en el contrato (artículo 1.258 del Código Civil) define los deberes de la comercializadora.

**SEXTO.-** Los bonos estructurados constituyen un producto financiero complejo y de alto riesgo, pues la propia devolución del capital invertido se vincula no sólo a la solvencia del emisor, sino también a la evolución de otros valores (que se definen como el subyacente) que, por definición, fluctúan en su valoración.

Por eso, la jurisprudencia se ha mostrado especialmente rigurosa en la exigencia de la información previa.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 20 de noviembre de 2017, en relación a la comercialización de bonos estructurados, recapitula de esta manera la jurisprudencia al respecto:

“Esta Sala ha declarado en sentencia 102/2016, de 25 de febrero, que:

«En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y núm. 769/2014, de

12 de enero, entre otras.

»Sobre este particular, las sentencias de esta sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, y núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente "en el marco de las negociaciones con sus clientes". El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información "clara, correcta, precisa, suficiente" que debe suministrarse a la clientela sea "entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación". Y el art. 79 bis LMV reforzó tales obligaciones para los contratos suscritos con posterioridad a dicha Ley 47/2007.

»La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente».

Sobre la necesidad de diligencia informativa por parte del vendedor del producto financiero complejo establece la sentencia 53/2016, de 1 de febrero, que:

«El deber de información no cabe entenderlo suplido, en este caso, por la información suministrada en el contrato de confirmación del swap. Ya hemos recordado en otras ocasiones que "(l)a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas" (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre)».

**SÉPTIMO.-** Norma central en el aspecto considerado, en los casos de contratación anteriores a la incorporación de la normativa MIFID, es el Real Decreto 629/1993, de 3 de

mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, que impone a quienes intermedian en los mercados financieros la observancia del denominado “Código general de conducta de los mercados de valores”, que conforma el Anexo con pleno valor normativo.

En este Código, el artículo 5 regula “la Información a los clientes” disponiendo que “La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos (apartado 3)”.

**OCTAVO.-** Finalmente, no es sólo relevante el contenido de la información sino también la forma de darla.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 20 de diciembre de 2017, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2017, expone que “lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información como las condiciones en que materialmente se cumple el mismo (entre otras, sentencia 562/2016, de 23 de septiembre). Estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (así, sentencia 694/2016, de 24 de noviembre, con cita de las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero, y 489/2015, de 16 de septiembre)

**NOVENO.-** Consideración separada merece el análisis de la carga de la prueba en esta materia, y del valor que a determinados medios, frecuentemente utilizados en los procesos en que se analiza la prestación de información precontractual, tengan.

Así, la carga de la prueba sobre la entrega de información corresponde al Banco.

Ciertamente, la regla general en materia de ejercicio de acciones dimanantes del incumplimiento de determinados deberes, sean impuestos por el contrato o por la Ley (entendido el término en sentido amplio), y entre ellas, la resolutoria o la de nulidad, es que corresponde al demandante alegar y probar tanto la relación jurídica entre las partes como el concreto incumplimiento que imputa a la contraria, pues se trata de un hecho constitutivo de la pretensión. Ahora bien, esta regla, extraída del apartado 2 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, encuentra su modulación en el principio de facilidad probatoria, ahora normativizado en el apartado 7 de dicho precepto, conforme al cual corresponde probar a aquel litigante que tenga más fácil y directo acceso a la fuente de la prueba.

En ese principio se puede incardinar en la actualidad la antigua máxima conforme a la que, en materia de hechos negativos, corresponde la prueba a quien mantiene el hecho positivo contrario (“*incumbit probatio qui dicit non qui negat*”), porque, de ordinario, exigir la prueba cumplida de un hecho negativo coloca a aquel que se ha de basar en el mismo en una difícil, si no imposible, situación probatoria.

Desde esta perspectiva, si el demandante parte de la base de no haberle sido entregada completa la información precontractual, la Juez ha actuado correctamente cuando refiere la carga de la prueba de la efectiva entrega a la demandada, la cual, por razón de su actividad empresarial, está obligadas a conservar la documentación mercantil, entre la que se ha de encontrar toda la relativa a la operación de suscripción del Bono.

La no acreditación de la información en las condiciones exigidas por el artículo 5 del Código de Conducta ya referenciado, lleva a la conclusión que establece el artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: perjudica a quien está gravado con la carga de probar, lo que, en términos procesales en este caso, equivale a construir la sentencia sobre la base de la no entrega de la información.

**DÉCIMO.-** Esta carga no se entiende levantada por el solo hecho de que el cliente, que recordemos es también consumidor, haya firmado declaraciones genéricas y preordenadas, en las que declare haber recibido la información o en las que declare que, aun no siendo conveniente para él el producto, decide seguir adelante con la operación.

Ante todo, el cumplimiento del deber de información es sustancial, consistiendo en una exposición clara, completa y comprensible de los riesgos, incluso en el peor escenario posible, adaptadas a las condiciones personales del cliente, que permita que éste emita un consentimiento realmente informado. No basta con cualquier información, sino que ha de ser clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos.

Además, y como señala la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 “se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista”.

**DECIMOPRIMERO.-** La prueba sobre el extremo considerado corresponde, por tanto, al Banco, y ha de provenir de elementos fiables que permitan, aun pasado el tiempo, establecer cómo se desarrolló la relación jurídica precontractual.

Por eso, esta Sección ha sostenido, de manera reiterada, la insuficiencia de la declaración testifical del comercializador, adscrito en su momento a la entidad financiera, para sobre ella sola fundar la decisión del cumplimiento del deber de información. Así, en Sentencia de 20 de octubre de 2016, reiterando las de 27 de marzo y de 18 de diciembre de 2013, y por estar conectada la cara de la prueba con el propio deber sustantivo de información, exponíamos que “la sola declaración del que, como empleado de la entidad demandada, comercializó el producto, no es suficiente para demostrar la información

precontractual suministrada, pues “la prueba, en la acepción de resultado probatorio, tiene por fin garantizar la seguridad jurídica de los litigantes, lo que exige que el establecimiento judicial de un hecho haya de ser incontrovertible. Por ello, no se admiten las suposiciones, conjeturas o meras intuiciones del Juez.

Y es llano que, de dar plena fuerza de convicción al testigo en el extremo crucial que constituye el principal hecho controvertido, se desmoronaría aquella seguridad jurídica.

Pero además, la prueba, en su acepción de medio probatorio, ha de estar en relación estricta con el hecho de relevancia jurídica a demostrar.

Y en nuestro caso, la obligación que se afirma incumplida en la demanda, y que constituye, por tanto, el *thema probandi*, no es la suministración de cualquier información, sino la que exige la norma”.

“Quiere decirse que, quien tenga la carga de probar el hecho discutido, ha de probar no sólo haber informado sino el contenido de la información, para comprobar si se ha facilitado la información “relevante” para la toma de decisión por el cliente”.

De lo contrario, quedaría en manos de la propia demandada, a través de persona adscrita a su organización, acreditar lo que es el núcleo de la cuestión fáctica del proceso.

**DECIMOSEGUNDO.-** Pues bien, en este caso, de las propias conclusiones probatorias que contiene la sentencia apelada, se evidencia el incumplimiento de los deberes impuestos por la normativa aplicable.

Si se tiene en cuenta lo actuado, y se aplica la distribución de la carga de la prueba a que se aludido, resulta:

1º Los clientes, absolutamente profanos en materia financiera, jubilados y septuagenarios, tenían un indudable perfil conservador, puesto de manifiesto de manera documentada cuando se hizo un test de conveniencia (documento nº 12 de la demanda), ya en diciembre de 2.017, por efecto de la entrada en vigor de la normativa MIFID. Aunque,

lógicamente, este test es posterior a la contratación, revela que las condiciones de los inversores no habían cambiado, pues nada acredita que en junio, julio u octubre de ese mismo año, decidieran, con sus condiciones personales ya expuestas, arriesgar todo el capital invertido, mientras que en diciembre, cuando se le hace la pregunta directa y comprensible a , muestra la voluntad de garantizar el capital, aceptando, si acaso, un riesgo bajo de pérdida.

2º Con independencia de que fueran a la sucursal de la demandada por indicación de su consuegra, o que fuera otra la vía de contacto, tema absolutamente intrascendente en el enjuiciamiento del caso, no hay prueba alguna de que le fueran entregadas a los clientes las fichas de los productos, ni menos aún que tuvieran a su disposición esa documentación con tiempo para examinarla. Tal déficit probatorio lo expresa la sentencia apelada, y surge de la valoración de la prueba practicada, en la que sólo la empleada del Banco afirma este hecho, pero sin ninguna corroboración aunque fuera indiciaria.

3º Ciertamente en las órdenes de contratación figuran escenarios distintos, y una mención antes del espacio destinado a la firma, en letras mayúsculas, que dice lo siguiente:

“EL PRODUCTO QUE SE CONTRATA ES UN PRODUCTO FINANCIERO DE RIESGO ELEVADO, QUE PUEDE GENERAR BENEFICIOS PERO TAMBIÉN PÉRDIDAS.

EL CLIENTE MANIFIESTA QUE ES CONSCIENTE QUE EN CIERTAS CIRCUNSTANCIAS PODRÍA PERDER HASTA UN 100% (ó un 75% en el Bono Aquisgrán), DEL IMPORTE NOMINAL DE INVERSIÓN SIEMPRE DEPENDIENDO DE LA FIJACIÓN DEL PRECIO INICIAL Y FINAL DEL SUBYACENTE”.

Pero, al respecto, ha de señalarse que esas declaraciones preordenadas, por sí solas, carecen de eficacia si no se acredita una real, efectiva y proactiva labor de información que, comenzara, sin ir más lejos, explicando a un cliente conservador y profano en la materia, qué es un “subyacente”, concepto contenido en el citado párrafo que no pertenece, desde luego, al lenguaje social o coloquial, y siguiendo con la referida a los numerosos tecnicismos empleados en la redacción de esa documentación.

Por otro lado, la inclusión de escenarios, en sí misma loable, pero sin ofrecer ni explicar las claves necesarias para comprenderlos, imprescindibles por la complejidad de su redacción, no satisface el deber de información.

Existe, por tanto, y a diferencia de lo que concluye la Juez, vulneración de la normativa aplicable, contenida en el Código de Conducta aprobado por el Real Decreto 629/1993, pues ni se entregó la información escrita a los clientes, ni se les explicó de manera clara y completa la naturaleza del producto y los riesgos, elevadísimos, que asumían.

Además, el principio general de buena fe, aplicable naturalmente al supuesto (artículo 1.258 del Código Civil), impide ofrecer y consumir una operación con conciencia de su inadecuación al perfil del cliente.

**DECIMOTERCERO.-** Existe, por tanto, vulneración del deber impuesto, y por ello responsabilidad, pues se da la relación de causalidad (pues bien se puede afirmar que “se contrata a ciegas”) y, como en supuestos similares en que se requiere un consentimiento informado, el que ha de dar la información asume la posición de garante, de modo que se le imputan los riesgos que se derivan de su incumplimiento, una vez materializados.

Por eso, ha de acogerse la demanda en el sentido de imponer a la demandada el abono de la pérdida sufrida por los demandantes, que es, según el cuadro contenido en la página 14 de la demanda, respecto del cual la demandada solo puso reparo en relación al Bono BACOM, en el que lo recuperado por los demandantes asciende a 15.996,23 euros, tal y como por lo demás, se puso de manifiesto en la audiencia previa.

Ello hace que se computen como pérdidas o quebrantos para los demandantes 37.601,02 euros, 16.756,50 euros y 26.540 euros, como cantidades no contradichas, y 34.003,77 euros, respecto al Bono BACOM.

La suma de todo ello arroja el resultado de 114.901,29 euros, en que se cifra la indemnización debida.

**DECIMOCUARTO.-** Los intereses no proceden desde el momento de la inversión.

No se ejercita una acción restitutoria, sino puramente indemnizatoria, de modo que la indemnización devenga el interés legal desde que se concreta y, a su vez, desde que se intima a su pago (artículo 1.100 del Código Civil), y por ello, en este caso es desde la interposición de la demanda cuando se devengará el interés legal y a partir de la notificación de esta sentencia a la demandada, el interés procesal previsto en el art 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**DECIMOQUINTO.-** Las costas de primera instancia se impondrán a la demandada, pues pese a la precisión hecha en materia de intereses, se produce una estimación sustancial de la demanda.

Las de la apelación, no serán objeto de imposición expresa (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

**DECIMOSEXTO.-** En materia de recursos, conforme a las disposiciones de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por Ley 37/2011, de 10 de octubre se informará que cabe el recurso de casación, siempre que se apoye inexcusablemente en el motivo definido en el artículo 477.2.3º. Sólo si se interpone el recurso de casación podría a su vez interponerse el de infracción procesal (Disposición Final 16ª).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución de la Nación Española,

### **FALLAMOS**

Que, ESTIMANDO el recurso interpuesto por los demandantes

, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid en procedimiento ordinario nº 1325/2015, **revocamos** dicha resolución, y, en su lugar, estimado sustancialmente la demanda interpuesta por l

contra BANKINTER SA, condenamos a la demandada a abonar a los demandantes la cantidad de CIENTO CATORCE MIL NOVECIENTOS UN EUROS CON VEINTINUEVE CENTIMOS (114.901,29 euros), que devengará el interés legal desde el 15 de septiembre 2.105 hasta la fecha en que se notifique esta sentencia de apelación a la demandada, a partir de la cual, y hasta el completo pago del principal, devengará el interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Imponemos a la demandada el pago de las costas de primera instancia, y no hacemos imposición expresa de las ocasionadas en esta alzada.

Contra esta sentencia cabe interponer, en las condiciones expuestas en el último fundamento de derecho de la presente resolución, recurso de casación y, en su caso, de infracción procesal, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto legal, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2579-0000-00-0031-18, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Una vez firme la presente, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, acompañados de testimonio de esta resolución, para su cumplimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ